

POR DON LVIS DE FIGVEROA,

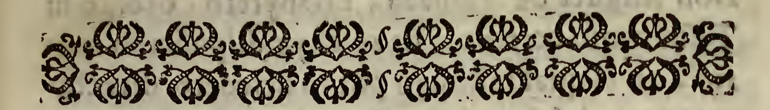
y Cordova, vezino de la Villa de Estepa, como marido, y conjunta persona de Doña Josepha Bernarda, su legitima muger, y como padre, y legitimo Administrador de la persona, y bienes de Don Estevan de Figueroa su hijo.

EN EL PLEYTO

CON DON MATHEO GVERRERO, y Galbez, y Consortes, vezinos de dicha Villa, hijos, y herederos de Don Juan Guerrero, vezino que fue de ella.

PRETENDE DICHO DON LVIS, SE CONFIRME la Sentencia pronunciada por la Justicia de dicha Villa, en que declarò pertenecer à dicho Don Luis, los bienes que avian quedado por muerte de Don Miguel Tablada; sin embargo de la institucion de heredero hecha à Don Antonio Guerrero, por aver contenido el gravamen de Fideicommisso tacito, y condenò à su restitucion à dicho Don Matheo Guerrero, y que se reforme la Sentencia de vista, en quanto por ella se revocò la de dicha Justicia.

DICHO DON MATHEO GVERRERO, Y CONSORTES, pretenden se confirme la Sentencia de vista, y que se declare no aver avido semejante Fideicommisso; y en caso que lo huviesse, era reprobado por Derecho. Y por consiguiente, que dichos bienes pertenecen à las obras Pias, que instituyò por sus herederos Don Antonio Guerrero, Presbytero.



N. 1. AVNQVE EN QVALQVIERA pleyto, es precisso tener presente el Hecho, de à donde ha de nacer el Derecho: *ex leg. Si ex plagis 53. §. Inclivo, ff. ad leg.* Aquil. *leg. final in principio, ff. de Iur. iurand. leg. Servo 47. ff. de Condit. & Demonstrat.* Con mayor precission en este, respecto de dudarse en parte de èl. Como es, en que la institucion de heredero hecha por Don Miguel de Tablada, a Don Antonio Guerrero, Presbytero, huviesse sido con el gravamen de Fideicommisso tacito. Por cuya causa, y teniendo presente, que por vna minima parte de Hecho que se mude, se muda todo el punto de Derecho: *ex leg. Si is, ff. de Excusat. Tutor. leg. Natura cabilationis, ff. de Verbor. Signif. leg. ea est. ff. de Regulis iuris, cap. fin. de Contract. emptor.*

2. Esta Alegacion se dividirà en dos questiones. En la primera se procurarà dar à entender huvo dicho Fideicommisso tacito, y que la institucion, que por D. Miguel Tablada se hizo à Don Antonio Guerrero, fue con dicho gravamen. Y en la segunda, que dicho gravamen de Fideicommisso fue valido, y que en su virtud, aunque dicho Don Antonio Guerrero no lo huviesse declarado, pertenecen à dicho Don Luis todos los bienes, que quedaron por muerte de Don Miguel Tablada.

3. Y para tratar de ellas con mayor claridad, se supone. Que en veinte y ocho de Noviembre de el año passado de seiscientos y noventa y dos,

Don

Don Miguel de Tablada, Presbytero, otorgò ſu Teſtamento cerrado, baxo cuya diſpoſicion muriò, en el qual inſtituyò por ſu heredero directamente à el Licenciado Don Antonio Guerrero, aſsimiſmo Presbytero, y vezino de dicha Villa, por quanto no tenia herederos, que tuvieſſen accion, y derecho à ſus bienes.

Fol. 115. 4. Y aſsimiſmo, que en veinte y ſeis de Julio de ſetecientos y diez, dicho Don Antonio Guerrero, otorgò ſu Teſtamento, baxo cuya diſpoſicion muriò, en Enero de el año paſſado de ſetecientos y doze, en que por vna de ſus Clauſulas declara aver heredado diferentes bienes, que expreſſa, de dicho Don Miguel Tablada, los quales manda ſe vendan en publica Almoneda, y que ſu producto ſe diga de Miſſas por las Benditas Animas de el Purgatorio. En cuyo Teſtamento inſtituyò por ſu vnico, y vniverſal heredero à Don Juan Guerrero, padre de dicho Don Matheo Guerrero, y Conſortes ſus hermanos, litigantes.

5. Eſto ſupueſto, en quinze de Febrero
Fol. 7. de el año de ſetecientos y doze, por Don Luis de Figueroa ſe acudiò ante la Juſticia de dicha Villa de Eſtepa; y haziendo relacion, que la inſtitucion de heredero hecha à Don Antonio Guerrero, por Don Miguel Tablada, avia ſido con la obligacion de reſtituir los bienes à los hijos de Doña Joſepha Bernarda ſu muger, y que en fuerça de eſta obligacion, luego que muriò dicho Don Miguel, ſe avia llevado à ſus caſas Don Antonio à Doña Joſepha, muger de el Don Luis, donde la avia criado, y alimentado, haſta tanto, que avia contrahido matrimonio; y concluyò pidiendo ſe le recibieſſe informacion de lo referido, y que en ſu viſta, como padre de el dicho Don Eſtevan de Figueroa, ſe le dieſ-

ſe

se la possession de los bienes que avian quedado por muerte del dicho Don MIguel de Tablada.

6. Justificò su pretension, con la deposicion de Francisco de el Canto, quien dize de oìdas à Don Antonio, que Doña Josepha Bernarda avia quedado bien acomodada si se casara, y mucho mejor si tuviera hijos; porque toda la hazienda fuera suya. *Fol.* 10.

7. Otro testigo es Gabriela de la Cruz, criada que fue de Don Miguel, hasta que muriò, la qual dize, que en ocasiones que el Don Antonio entrò, y hablò con Don Miguel, les oyò tratar de la disposicion de el Testamento del Don Miguel, para dexarle el caudal à los hijos de Doña Josepha, si los tuviesse; y que estando enfermo el Don Miguel, le oyò dixo à el Don Antonio, que si Doña Josepha se casasse, y tuviesse hijos, les entregasse à ellos todo el caudal para que lo gozassen; lo qual repetia muchas vezes, y el Don Antonio lo ofrecia, poniendose la mano en el pecho, y diziendo: De muy buena gana lo harè, amigo, como lo tengo ofrecido. *Fol.* 13.

8. Es otro testigo Luciana Maria, quien se criò en las casas de el Don Antonio Guerrero, la qual por vivir frente de las casas de el Don Miguel Tablada, dize tenia conocimiento con dicho Don Miguel; y que estando este enfermo le entrò à ver, y entre otras cosas, que dize le dixo dicho Don Miguel, fue, que su animo era dexarle el caudal à Don Antonio, para que alimentasse à Doña Josepha Bernarda, y que si llegasse el caso de tomar estado dicha Doña Josepha, y tuviesse hijos, les diesse todo su caudal, que para esso se lo avia de entregar, que asi lo tenia comunicado con dicho Don Antonio, à quien asimismo le oyò dezir lo *Fol.* 16.

referido, y que le era precisso passar à Estepa, à ver-se con vn Abogado. Y que con efecto fue el Don Antonio à Estepa à el dia siguiente, y que bolviò de dicha Villa, y supo que Don Miguel avia otorgado su Testamento; y aviendo repetido el ir à verle, le oyò dezir: Gracias à Dios que he cumplido esto, y voy descuydado, y Don Antonio queda con el cuydado de criar la Niña, y casandose, si tuviere hijos les entregue todo mi caudal; y si muriesse sin ellos, quedaba entendido de lo que avia de hazer: y que despues de casada Doña Josepha Bernarda, y aver otorgado el Testamento el Don Antonio, le oyò dezir repetidas vezès, que el caudal que Don Miguel le avia dexado, era para los hijos de Doña Josepha, y que estaba desseando pariesse, para que luego que tuviesse hijos, entregarle el caudal, porque estaba desseando salir de este cuydado.

9. El quarto testigo es Don Gaspar Bazquez, Abogado, vezino de Estepa, quien dize: Fol. 21. Que por el año passado de setecientos y onze, le fue à buscar Don Antonio Guerrero, acompañado de Don Estevan de Figueroa, padre de Don Luis, y dicho Don Antonio dixo à el testigo, que ya sabria, como Don Miguel Tablada, le avia encargado su caudal, y la Doña Josepha, y que el Don Luis de Figueroa le instaba à que le entregasse los bienes de el Don Miguel, y solo esperaba que Doña Josepha Bernarda tuviesse succesion, para hazer Vinculo en cabeça de el hijo, ò hija que tuviesse; y el testigo preguntò, si avia esperanças proximas, y aviendole dicho que si, el testigo aprobò el parecer, siendo conforme à la voluntad de el Testador.

Fran-

10. Francisco de Aguilar Escrivano, dize, que Don Antonio le dexò encargada à Doña Josepha Bernarda, y que si esta muriesse en la edad pupilar, se quedasse con todos los bienes, y si viviesse, y quisiesse ser Religiosa, le diesse dote, y propinas, y si se casasse, y tuviesse hijos, le diesse los bienes de dicha herencia.

11. Supuesto este hecho, y que el Fideicommisso tacito, puede probarse por testigos, *ex leg. non intelligitur* 3. *§. Tacita autem* 3. *ff. de Iure Fisci*, y por conjecturas, *ex leg. eum proponebatur* 64. *ff. de legat.* 2. & ex Peregrino *de Iure Fisci, titulo* 19. *lib.* 3. *num.* 4. Dom. Castillo, *tomo* 5. *Controver. cap.* 69. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 67. *num.* 7. Mantic. *de Coniecturis, lib.* 8. *tit.* 1. *ex num.* 18.

12. Alega esta parte, que si la prueba ha de ser por testigos, tiene justificado plenamente, que la institucion de heredero, hecha por Don Miguel Tablada, à Don Antonio Guerrero, fue con el gravamen de restitucion. La razon es; porque para justificar qualquier hecho plenamente, es bastante numero de testigos dos, ò tres, *ex Canone* 75. *Apostolorum, cap. Accusacio* 29. 2. *quæst.* 7. *cap.* 1. 48. *distint.* Y hallandose esta voluntad de Don Miguel Tablada justificada, con las deposiciones de los testigos antecedentes, de oìdas à el Don Miguel, y à el Don Antonio Guerrero, parece se comprime la libertad, de hazer juizio sobre que no està justificado el gravamen del Fideicommisso, que por esta parte se pretende.

13. Sin que pueda obstar, el dezir, que Gabriela de la Cruz, y Luciana Maria, eran sirvien-

vientes del Don Miguel; y por consiguiente, que como domesticos, no pueden hazer fee, ni plena probança sus deposiciones, *ex cap. in litteris 24. de testibus, cap. Item idonei, §. Testes, cap. final. §. testium 4. quæst. 2. leg. idonei 6. leg. testis 9. leg. testes 14. ff. de testibus.* Porque siendo hecho, que sucediò dentro de las casas del Don Miguel, son testigos habiles los domesticos, y de mayor excepcion. *Leg. Quotiens 3. C. de Naufrag. lib. 11. cap. veniens in fine de testibus, cap. super prudenci 14. quæst. 2.* Dom. Matheu *de Re Criminal. controver. 2. num. 37.* Cabalo, *casu 282. n. 11.* y se prueba de la ley primera, *tit. 16. part. 3. in fine, leg. 1. tit. 9. ley. 10. tit. 17. part. 7.* & ibi Dom. Gregorius Lopez, *Gloss. 7.* Con que se halla excluida esta objeccion.

14. Y tambien, porque no se trata aqui de probar hecho, en que tuviesse interesse Don Miguel Tablada, en que sus sirvientes no fueran testigos habiles: ex doctrina Dom. Emanuel Gonzalez, *in dict. cap. 24. de testibus, per totum,* tratase de justificar hecho à favor de vn tercero, que lo es el hijo de Don Luis de Figueroa; por cuya causa resulta ser tistigos habiles dichas sirvientes, para justificacion del dicho gravamen.

15. Ni tampoco puede obstar el dezir, que en la forma que para probar expressa voluntad del Defunto, se requiere legitimo numero de testigos; como es el de siete en testamento cerrado, *ex leg. 1. tit. 1. part. 6.* y cinco en el testamento nuncupativo, ò Codicilo, *ex leg. 1. & 2. tit. 4. lib. 5. Recopil.* Tambien para probar esta voluntad de Don Miguel, y gravamen puesto en Don Antonio, debe tener la prueba à lo menos de cinco

tes-

teſtigos, y no reſultando de las depoſiciones referidas, prueba de tanto numero de teſtigos, no ſe debe entender juſtificado dicho gravamen.

16. Porque ſe reſponde, que es diſtinto el pretender probar principalmente la voluntad del Fundador, y ſu diſpoſicion, ò probar alguna qualidad, ò circunſtancia de la voluntad. Quando ſe pretende probar ſu principal voluntad, y diſpoſicion del Defunto, en tal caſo deben intervenir las ſolemnidades referidas de ſiete, ò cinco teſtigos, ſegun la ley Real; pero quando ſolo ſe pretende probar qualidad, ò circunſtancia, en tal caſo no es preciſſa la prueba, con tanto numero de teſtigos: *ex leg. Hæredes, Palam.* 21. *§. Sed, & ſi notam. ff. qui teſtamenta facere poſſunt*, y es baſtante juſtificacion la depoſicion de dos teſtigos. Ex Dom. Caſtillo, *lib.* 4. *Controver. cap.* 19. *à num.* 28. Burgos de Paz, *in prima part. leg.* 3. *Tauri, num.* 813. Albarado *de Coniectura, mente defuncti, lib.* 1. *cap.* 3. *à num.* 7. Spino *de Teſtam. in Gloſſa Rubricæ, ſecunda part. num.* 5. Mantica *de Coniecturis, lib.* 3. *tit.* 1. *num.* 12. *& libro* 5. *tit.* 14. *num.* 12. *& lib.* 11. *tit.* 20. *n.* 10. *& lib.* 12. *tit.* 16. *num.* 2. *& ſequentib.* Dom. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 40. *in fine*, ibi: *Ad quam voluntatem probandam duo tantum teſtes ſufficiunt.* Ayllon ad Gom. *cap.* 5. *num.* 16. *tom.* 1. *Var.* ibi: *Docent in probanda declarationem diſpoſitionis duos teſtes ſufficere.* Y como quiera que Don Luis en nombre de ſu hijo, no pretenda probar mas, que la qualidad que el Teſtador puſo en la inſtitucion; inde es, que ſi para probar eſta circunſtancia, ò qualidad, ſon baſtantes las depoſiciones de dos teſtigos,

 con

con mayor razon podrà pretender esta parte ; se halla justificada la qualidad, y circunstancia del gravamen de Fideicommisso, con dos, ò tres testigos, demàs de hallarse con la justificacion de todos cinco testigos.

17. Altra de las deposiciones de los testigos antecedentes, se prueba el gravamen, por vna carta (que no se duda ser escrita por el Licenciado Don Gaspar Bazquez, Abogado de Estepa) su fecha de 18. de Agosto, del año passado de setecientos y onze, en que aviendole consultado dicho Don Antonio Guerrero: En què forma haria la restitucion, le responde con estas palabras: *Soy de parecer, que siendo, como es cierto, que la institucion de heredero, que se hizo en la persona de Vmd. por su amigo, lo constituyò dueño verdadero del caudal; quedò à su disposicion enteramente el hazer donacion, del todo, ò parte, à esta persona, ò otra qualquiera, sin que aya embarazo, ni prohibicion alguna, respecto à Vmd. pues aora no deberà Vmd. dezir, que lo haze por encargo de nadie, sino es por su liberalidad, y de su libre voluntad.* Y esta carta la tiene reconocida el Don Gaspar.

18. Concurren tambien, las deposiciones de dos sobrinas del dicho Don Antonio Guerrero, que deponen de oydas à dicho su tio, el gravamen de Fideicommisso, que contuvo la institucion hecha à dicho Don Antonio; de cuyo hecho resulta, que no solo se halla justificado el gravamen, con dos, y tres testigos, sino es con con cinco, y siete, que lo son Francisco del Canto, Gabriela de la Cruz, Luciana Maria; Don Gaspar Bazquez, Don Francisco de Aguilar, y las dos sobrinas de Don Antonio. Conque aunque estuviessemos

ſemos en los terminos de la mas rigoroſa Sentencia, y que ſe trataſſe de probar la voluntad principal del Teſtador, ſe hallaba eſta juſtificada plenamente, con las depoſiciones de dichos ſiete teſtigos.

19. Ni tampoco puede obſtàr, el dezir, que Don Antonio tiene probada la intencion de ſer heredero del Don Miguel pleniſsimamente, con el teſtamento, que como inſtrumento, es vna prueba clara: ex Clementina ſepè *de Verbor. Signif. & ex leg, cum precibus C. de probationibus, cap. cum acceſsiſſem de reſcriptis, cap. cum dilecti de donat.* El qual, no ſolo prueba aquello, que expreſſa, y directamente en èl ſe expreſſa, ſino es tambien lo que indirectamente dèl ſe colige. Ex Dom. Caſtillo, *lib.* 2. *de Rerum quotid. cap.* 16. *num.* 9. Barboſa, *in Collect. ad cap. cum olim de cenſibus, num.* 6. Pareja *de Inſtrument. edictione, tit.* 1. *reſol.* 3. *§.* 1. *num.* 8. Rodericus Suarez, *in leg. poſt. rem iudicatam ampliat* 2. *num.* 5. Por cuya cauſa, parece no puede aver prueba contra dicho Teſtamento.

20. Pues ſe reſponde, que, ò ſe pretende impugnar el inſtrumento, ò probar alguna coſa mas de lo que ſe contiene en el inſtrumento. Si ſe pretende impugnar el inſtrumento; ſupueſta la controverſia, de què numero de teſtigos ſerà baſtante, para impugnar dicho inſtrumento, y la doctrina del ſeñor Covarrub. en el 2. de las *Var. cap.* 13. *num.* 11. y *cap.* 20. de las practicas, *num.* 6. verſ. *prima concluſio.* Et Faria, eius Aditionator, *in dict. cap.* 13. *num.* 111. *ad* 114. & ibi multi ab eo relati, que defienden ſer baſtantes

tes

tes dos testigos, para impugnar el instrumento.

21. Y supuesto asimismo la sentencia, que defiende ser precissos à lo menos tres, ò quatro testigos, la qual siguen Mascard. *de Probat. conclus.* 741. *num.* 2. Ceballos, *quæst.* 43. *num.* 4. y asimismo la sentencia, que lo difiere al dignissimo arbitrio de V. S. atendida la qualidad de la persona del Escrivano, la qual sigue Menoch. *de Arbitrarijs, casu* 105. *num.* 42.

22. Y estando à la mas comun, y recibida, que es, que aya de aver mayor probança, en numero de testigos, todos fidedignos, que la que resulta del instrumento, *ex leg. optimam* 14. *& Gloss. final, in cap. tertio loco, Glossa in cap. cum Iuanes, verbo quolibet, Glossa* 1. *& in leg. in exercendis, Cod. de fide Instrumentorum.* Ceballos, *quæst.* 43. *num.* 5. Teniendo presente, que la fee del Escrivano, equivale à la deposicion de dos testigos; por cuya causa, y atendiendo el numero de testigos, que contuviesse el instrumento, seràn menester otros tantos, y vno mas para impugnar el instrumento; pues si no se quedara en igual probança, y en estos terminos prevaleciera la prueba del instrumento: *ex leg. cum precibus, C. de Probationib. leg. vltim. ff. quod met. caus.* Amator Rodriguez *de forma examinandi Processum, cap.* 7. *num.* 14. Menochio *de Arbitrar. dict. casu* 105. *num.* 45. ibi: *Si etenim tres sunt comprobatori, quinque debent esse reprobatori, cum duorum testium vices substineat instrumentum.*

23. En cuya suposicion, para impugnar el instrumento, es menester prueba superior: si la

del

instrumento, que se pretende impugnar por ser testamento se hallàra con la fee del Escrivano, que vale por dos testigos, y tres que deben intervenir en el Testamento, segun la ley 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* que hazen cinco testigos; y teniendo siete esta parte, para justificar el gravamen, parece se halla con justificacion. Conque venciera el instrumento, aun en caso que le impugnara.

24. Demàs, que esta parte no pretende impugnar el instrumento, antes si se vale dèl; pues confiessa la institucion hecha directamente de heredero à Don Antonio Guerrero; sì solo pretende probar el gravamen, que no se contuvo en el Testamento. Por cuya causa, la justificacion que tiene hecha, aunque fuesse solo de dos testigos, era bastante para probar el gravamen. Dom. Castillo, *lib.* 4. *Controver. cap.* 19. *per tot. precipuè à n.* 28. *& cap.* 20. Anton. Gomez, *tom.* 1. *Var. cap.* 5. *num.* 24. & ibi Ayllon.

25. Asiste asimismo, para prueba del gravamen, otra especie de prueba, que son, las conjecturas, y presumpciones, que admiten Mantica *de Coniecturis, lib.* 7. *tit.* 3. *& lib.* 8. *tit.* 1. *num.* 18. *& lib.* 10. *tit.* 1. *à num.* 1. Mascardo *de Probat. conclus.* 774. *num.* 2. *& conclus.* 775. *num.* 3. Julio Claro, *in §. Testamentum, quæst.* 76. Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsump.* 67. *num.* 7. *verbo recedimus, & cons.* 137. *n.* 7. *& cons.* 232. *num.* 32. *& cons.* 333. *num.* 9. *& cons.* 369. *num.* 8. *& cons.* 636. *num.* 13. *& cons.* 1135. *num.* 5. Surdo, *decis.* 262. Y resultan de los mismos Autos; porque no dudandose, que Don Miguel Tablada, podia dexar libremente por su heredero à Don Antonio Guerrero, ò otra persona,

ſona; que fueſſe ſu voluntad, y en la miſma forma Don Antonio Guerrero; para què efecto ambos à dos conſultaron à el Licenciado Don Gaſpar Bazquez, Abogado, en la forma que avian de diſponer ſus Teſtamentos; pues no avia impedimento alguno, para que ſe hizieſſen las inſtituciones, que por ellos conſta? Luego es evidente, que eſtas conſultas, que ſe hazian à dicho Don Gaſpar Bazquez, no eran con otro motivo, q̃ el de reconocer la prohibicion de derecho, para inſtituir à Doña Joſepha Bernarda, è inquirir los medios de que ſe podian valer, para que excluida la perſona de dicha Doña Joſepha, por el vicio que padecia, pudieſſen percebir ſus bienes ſus hijos.

26. Otra preſumpcion es, la pretermiſſion en todo el Teſtamento, ſin hazer memoria de Doña Joſepha Bernarda, ſiendo aſsi que la eſtaba criando en ſus caſas, y que por eſta razon era preciſſo le tuvieſſe afecto: ex Dom. Solorçano, *tom.* 2. *de Iure Indiar. lib.* 1. *cap.* 26. *à num,* 60. y que por quedar en tan tierna edad, era natural le dexaſſe algun Legado; y no aviendolo hecho, ſi, aver paſſado Don Antonio à llevarſela à ſus caſas, y continuado la educacion, y criança; eſtà eſte hecho haziendo notorio el gravamen de Fideicommiſſo.

27. No es de menos aprecio el aver Don Miguel paſſado à inſtituir por ſu heredero à Don Antonio, ſiendo eſte eſtraño, para con dicho Don Miguel, quando eſte por ſer Sacerdote, no podia ignorar la obligacion que tenia à ſus parientes, ni tampoco el conſejo de San Aguſtin, en el *cap. Quicumque final, cauſa* 17. *quæſt.* 4. conque ſe manifieſta averlo executado por el Fideicom-

miſ-

misso tacito, conque avia gravado à dicho heredero.

28. Siguese la tradicion de parte de los bienes de la herencia, que induce no menor presumpcion; pues aunque sea cierto, que Don Antonio podia por sì disponer de los bienes, como quisiesse, pues no tenia herederos forçosos, y que la Donacion es vna entrega de la alhaja, y que pende de mera liberalidad: *ex leg. Senatus, & leg. 1. ff. de Donat. causa mortis*; por cuyos motivos, no era necessario huviesse causa en Don Antonio. No obstante, si todo aquel que executa vna cosa, es movido de algun fin, y este es el que debemos atender, *ex leg. Quæritur, ff. de bonis libert. leg. fin. C. mandat. leg. si Mater, C. de Institutionibus, & substitutionibus, & ex leg. continuus, §. cum ita ff. de Verbor. Obligation.* Si buscamos el fin, y causa, que podia mover à Don Antonio, para la entrega de bienes raizes, que hizo à Don Luis de Figueroa, no resulta otro de los Autos, que el gravamen tacito, que le avia puesto el Don Miguel Tablada.

29. Es otra presumpcion, no aver el Don Miguel hecho memoria alguna en su Testamento de dicha Doña Josepha; siendo assi, que, ò se considera era su hija, ò no? Si se considera, que era su hija, no es verosimil, le faltasse si quiera el amor paternal, para que le dexasse alimentos, que podia: *ex leg. 10. Tauri*, & ex Gomez, *in dict. leg. num. 37. cum multis.* Y si no se considera tal hija, no puede dudarse, que por tenerla en su casa de tan tierna edad, le avia de mover la caridad, para que le dexasse algun Legado; mayormente, quando estaba tan olvidado de sus

pa-

parientes, que tenia hecho el animo de inſtituir, como inſtituyò à vn eſtraño. Pues què diremos, de no aver Don Miguel executado coſa alguna de todo lo referido? No es evidente que lo executò, reſpecto que la inſtitucion de heredero, que hizo à Don Antonio, fue con el gravamen de reſtituir los bienes, à los hijos de Doña Joſepha Bernarda.

30. Y por vltimo reſulta, el que ſi Don Antonio no eſtuviera gravado, à reſtituir los bienes, ſegun la voluntad de Don Miguel de Tablada: no es veroſimil, que èl lo publicara tanto: con las palabras a las perſonas que lo manifeſtò (como lo deponen ſus ſobrinas) quanto con las obras, en la entrega que hizo de los bienes, y con el deſſeo que manifeſtò de revocar el Teſtamento que tenia hecho, y la ſolicitud, y cuydado, en que ſe le buſcaſſe à el Eſcrivano para ello; pues teniendo, como tenia hecho Teſtamento, en la forma que en èl conſta, no parece avia motivo para ſu cuydado en hazer otro de nuevo, mas que el conſiderar, que el Teſtamento que avia hecho, avia ſido llevado de la paſsion del matrimonio que avia contrahido Doña Joſepha Bernarda, ſin ſu conſentimiento, y querer exonerar ſu conciencia, cumpliendo la voluntad, que Don Miguel le avia comunicado, y reſtituir los bienes à Don Eſtevan, hijo de Don Luis, y Doña Joſepha Bernarda.



ME-

MEDIO II.

31. ES el segundo Medio, que el Fideicommisso es valido, y no reprobado; y siendo este Fideicommisso tacito, respecto, que no constò en el Testamento, ni por otro acto alguno, al tiempo del testar: ex doctrina Tiraquel. *de leg. Connubial, verbo expres. Glos. 5. à num.* 81. y teniendo la misma fuerça la disposicion tacita, que la expressa, *ex leg. Absolutio. C. de re Iudicata, cap. solicitudinem de Appellatiobibus, cap. gratum de Officio, & potest. delegat.* Dom. Salgado *de Reg. Protect. 2. part. cap. 13. num.* 105. Dom. Vela, *dissertat.* 12. *n.* 12. *& ex leg. cum quid. 3. ff. de rebus credit. & si certum petat.* Hermosill. *in leg.* 8. *Gloss.* 5. *tit.* 1. *part.* 5.

32. Dize Don Estevan fue valido, por averse hecho en su persona; pues aunque por la ley 9. de Toro, *& leg. 6. tit. 8. lib. 5. Recop.* se hallan excluidos de poder heredar à los padres los hijos de Clerigos, y que asistiesse esta qualidad à Doña Josepha Bernarda su madre (que no se ha probado, antes si tiene contra sì la Fè de Bautismo de la referida) pudo muy bien Don Miguel, gravar à dicho Don Antonio con dicho Fideicommisso, para que lo restituyesse à Don Estevan. Ex Authent. *excipitur, C. de bonis quæ liberis, leg. fin. C. de Natural liber.* P. Molin. *de Iusti, & Iure, tom. 1. tract. 2. disp.* 167. vers. 9. *conclusio* Garcia *de Beneficijs, part. 7. cap. 3. num.* 26. Dom. Covarrub. *de Sponsal. 2. cap. 8. §. 5. n.* 16. Rodericus Suarez, *in declarat. leg. 9. tit.* 11. de los

E pley-

pleytos, *num.* 5. Matienço, *in leg.* 6. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopil. Glossa* 8. *num.* 24. Roxas, *in Epitome successionem, cap.* 2. *num.* 22. Parladorius, *lib.* 1. *Rerum Quotid. cap.* 16. *& differencia* 5. §. 2. *num.* 4. Mieres *de Maioratib. part.* 2 *quæst.* 2. *num.* 48. *&* 58. Paleoro *de Notis, & Espuris, cap.* 53. Aquila Add. ad Roxas *de Incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *à num.* 120. Julio Claro, *in* §. *Testamentum, quæst.* 32. *num.* 1. Gomez, *in leg.* 9. *Tauri, num.* 17. Pinelo, *in leg.* 3. *C. de bonis Maternis, à n.* 2. Dueñas, *regula* 366. *limit.* 2. Peregrin. *de Iur. Fisci, lib.* 3. *cap.* 18. *num.* 45. *&* 46. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 96. *num.* 20. Cevall. *Commun. contra Commun. lib.* 3. *quæst.* 762. *num.* 37.

33. Porque siendo la prohibicion, como es penal, no se debe ampliar à mas personas, que aquellas que se expressan en la prohibicion: *ex leg.* 1. *ff. de privatis delict.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 11. *ex num.* 50. Barbosa, *in Concil. Trident. Session* 25. *de Reformat. c.* 15. *num.* 6. Guironda *de Privilegijs. num.* 1049. Y siendo la prohibicion solo en el hijo, no puede extenderse à el nieto.

34. Replicaràsse, diziendo, que semejante Fideicommisso, pudiera tener validacion, quando no se huviera dexado à contemplacion del Padre, que en semejante caso no debe valer. Ex P. Molina *de Iusti, & Iure, tract.* 2. *disput.* 167. vers. 9. *conclusio*, ibi: *Modo tamen, institution. fiat intuitu Patris*, Julio Claro, *in dict.* §. *Testamentum, quæst.* 32. *num.* 2. ibi: *Aut enim certum est quod Abus instituit, istam nepotem, contemplatione filii sui Spuri, vt scilicet filius ip-*

se

se senciat aliquod. commodum, ex tali institutione, puta vsusfructus, vel huiusmodi, & talis institutio corruit, in hoc nemo dubitat. D. Crespi, *part.* 1. *observat.* 18. *num.* 8. Gomez, *in dict. leg.* 9. *Tauri, num.* 17. vers. *Si verò filius natus,* ibi: *Et nepos istituitur à abo contemplatione ipsius fili, incapacis, & talis institutio non valet.*

35. De este antecedente, se sacarà la menor, que es, que semejante Fideicommisso, fue dexado contemplatione matris, respecto que no avia nacido Don Estevan, ni se esperaba le pudiera concebir su madre, pues era de tan tierna edad, como consta de los Autos, à el tiempo que Don Miguel testò; y aviendo de ser la restitucion, luego que tuviesse hijos, venia à participar de la vtilidad, y vsufructu el padre, en cuyo caso se entiende dexado à contemplacion del padre: *ex leg. Sed si plures, ff. de Vulgari, & Pupil. substitut.* Idem Gom. *in dict. leg.* 9. *num.* 17. ibi. *Contemplatione patris, & non nepotis.* Luego no puede valer semejante Fideicommisso: Jul. Claro, *in dict. §. Testamentum,* Menoch. *cons.* 511. *n.* 12.

36. Porque se responde, que aunque no estuviessen nacidos los nietos, pudo el Abuelo dexar dicho Fideicommisso à los nietos, que avian de nacer de su hija: *ex leg. Placet, & leg. Galus, ff. de liberis, & postumis.* Dom. Crespi, *dict. part.* 1. *observat.* 18. *à num.* 10. ibi: *Ac ex his ipsis infertur, vt etiam filio nascituro ex filio expurio, legari possit, licet enim illud certum sit,* & à DD. *probatum vt si nepos merita habeat, & cognitus abo sit, semper presumatur, eius contemplatione, & non fili, factam esse, in eius favorem dispositionem, non tamen, ex eo quod incognitus sit, etiam prohibitam esse censendum est.* Pasladorio,

dise:

diferentia 5. §. 2. *num.* 4, ibi: *Caterum quando nepotes non sunt nati, nec concepti, an eos possit instituere, Clericus non lebis, est dubitatio, sanè magis placet, eos hæredes institui posse.* P. Molin. *de Iusti, & Iure, tractat.* 2. *disput.* 167. *dict. conclus.* 9, Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 96. *num*, 22. Y es la razon; porque si no le era prohibido à el Testador dexar la herencia à vn estraño, del todo incognito, è instituirle por su heredero, *ex leg. Extraneum* 11. *C. de hæredibus instituendis.* Tampoco le puede ser prohibido, dexarla à nieto incognito.

37. Que el Fideicommisso se huviesse dexado directamente à Don Estevan, aunque no avia nacido, y que el Testador atendiesse, à que la madre no percibiesse los bienes, se prueba claramente de las deposiciones de los testigos, que dizen, aver sido la voluntad de D. Miguel, que Don Antonio restituyesse los bienes, à los hijos de Doña Josepha Bernarda; de la consulta hecha por Don Antonio, y respuesta del Abogado, si se esperaba que tuvisse hijos, y de no aver passado el Don Antonio à entregar bienes algunos à Don Luis, hasta tanto que naciò Don Estevan; pues si la voluntad huviera sido en otra forma, huviera Don Antonio entregado los bienes à Doña Josepha, luego que se casò, y se hizieron las amistades.

38. Y aunque tuviesse alguna duda, debe existir el Fideicommisso à favor de Don Estevan; porque aviendose hecho las diligencias, que se hizieron, para la validacion del Fideicommisso, se manifiesta buscò el medio por donde su disposicion permaneciesse, y no se anulasse. *Ex leg. Similes, qui destinaverat, ff. de Militar testamento*, Pat.

Mo-

Molina, *de Iusti, & Iure, dict. tract. 2. disput 1.67. conclus, 9.* ibi: *Atque in dubio institutio censetur facta intuitu nepotis.* Gomez, *in dict. leg. 9. Taur. n. 17. vers. Si verò sumus,* ibi: *Si verò sumus in casu dubio, quia non potest constare cuius contemplatione talis nepos sit institutus tunc censetur institutus contemplatione ipsius nepotis.* Jul. Claro, *in dict. §. Testamentum, n. 2.* ibi: *Aut sumus in dubio, quia scilicet non appareat an contemplatione filij fuerit institutus, vel non & tunc pariter valeat institutio.* Como fue el que Don Estevan percibiesse de mano de Don Antonio, à quien no le era prohibido el succeder; *ex leg. sed si plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari, & Pupilar. substitut. leg. eis, qui in provincia, §. final. ff. si certum petatur, §. 1. instituta de hæredum qualitat. et differentia. leg. qui Tici testamentum, ff. de his quibus vt indignis.*

39. Sin que pueda obstar el dezir, que siendo la prohibicion à el padre, è incapaz este de poder percebir, ni propriedad, ni vsufructu, vendrà à percebir el vsufructu, y gozar dèl, mientras viviere, y el hijo no saliere de la potestad. Y que todas las vezes, que de la disposicion, el padre, ò hijo Espurio sienta algun commodo, se entienda hecha la disposicion, *contemplatione patris, ex l. sed si plures, §. in ad rogato, ff. de Vulg. & Pupil. substit.* Pues se responde, que la prohibicion es para que à el hijo Espurio inmediatè, no se le pueda dexar la herencia, ni Legado vltra alimenta, no para que *vlo modo, nec mediatè, nec indirectè*, aya de evitar el Testador, el que perciba vtilidad alguna. Dom. Cresp. *dict. observat. 18. num. 8.* ibi: *Vel ita vt causa remota sit ex quo ei, neque vtilitas, neque ius quærebatur sed tantum occasio sit, ita vt principaliter ei non attendatur, & num. 9. quoties igitur filius inmediatè, non fuit contemplatus, sed remotè, nihil obstabit*

bit nepoti, nec quamvis filij contemplationi adscribi posit relictum in consideratione erit. P. Thomàs Sanchez, *libro* 4. *cons. Moral, cap.* 3. *num.* 4. & 5. ibi: *Sed dicendum est hanc limitationem, nõ esse veràn, & ideò conclusionem esse veràm licet nepos sit sub potestate patris Spurij ratio, quia tùnc non adquiritur patri vsusfructus, cum enim patri adquiri non posit: adquiritur ei cui potest scilicet filio, & hac censetur esse intentio disponentis, vt actus valeat.* Roxas, *in Epitome succes. cap.* 20. *n.* 29. Gomez, *in dict. leg.* 9. *Tauri, n.* 17. Matienç. *in leg.* 6. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopil. Gloss.* 80. *à num.* 21. Roderic. Suarez, *in leg.* 1. *tit.* 6. *lib.* 3. *Fori, num.* 17.

40. Y tambien; porque aunque sea cierto, que en los bienes profecticios, adquiridos por el hijo, que està baxo la patria potestad, se adquiera el vsufructu à el padre, y participe dèl: *ex leg. cum oportet, C. de bonis, quæ liberis, L. Placet, ff. de Adquirend. hareditat. §.* 1. *institut. per quas personas nobis adquiritur leg.* 9. *tit.* 17. *part.* 4. aquellos bienes que el Abuelo dexa à el nieto, no son profecticios, sino es adventicios; y en los terminos del pleyto, ni la propriedad, ni el vsufructu, se adquiere à el padre. Idem Roxas, *in Epitome successionum, dict. c.* 20. *n.* 29. ibi: *Sed in casu nostro, nec proprietas, nec vsusfructus, filio Spurio adquiritur harum rerum, quæ nepoti relincuntur ab abo.* Castill. *in dict. leg.* 9. *Tauri, verbo ex testamento,* ibi: *Secundò casu dicunt, quod sine dubio valet relictum, factum nepoti, de omnibus bonis, quia isto casu nihil patri adquiritur, circa vsumfructum, sed soli nepoti. Ex Authent. excipitur, C. de bon. quæ liber* Montalbus, *in legibus Fori, lib.* 3. *tit.* 5. *leg.* 10. vers. *in Adulter.* Cifuentes, *in leg.* 9. *Tauri. n.* 7. Mantic. *de Coniectur. vltimar. voluntat. lib.* 8. *tit.* 5. *n.* 15. Roderic. Suarez, *in leg.* 1. *tit.* 6. *lib.* 3. *Fori, n.* 17. Plaça, *in*

Epi-

Epitome delict. lib. 1. *c.* 41. *n.* 20. Idem Gomez, *in dict. leg.* 9. *Tauri, n.* 17. Dueñas, *in dict. regula* 366. *post ampliation.* 14. *limit.* 2. *num.* 2.

41. Y no solamente debe substituir semejante Fideicommisso, hecho à favor de D. Estevan de Figueroa, nieto del Testador, sino es que aviendo D. Miguel instituido por su heredero à D. Antonio, podia Doña Josepha Bernarda, percebir los bienes de D. Miguel, de mano de dicho D. Antonio, sin impedimento alguno: Argum. text. *in l qui Ticij testamentũ, ff. de his quibus vt indignis.* Donde, aunque se prohibe la succession, à aquel que dize el testamento de falso, no se le prohibe pueda heredar à el heredero de dicho Testador; porque principalmente, no succede à dicho Testador. *L. post. legatum, §. Qui accusabit in princip. ff. de his quibus vt indig. l.* 3. *C. de petitione hæreditatis. L. cum autem, §. final, verbo, ponamus, ff. de ædilictio edicto.*

42. De todo lo qual se deduce, que se halla justificado por testigos, congecturas, y presumpciones, que huvo tal gravamen de Fideicommisso tacito, en la institucion que D. Miguel Tablada, hizo à D. Antonio Guerrero; y que siendo el gravamen, para que restituyesse à D. Estevan de Figueroa, fue el tal Fideicommisso, conforme à derecho, y estàn obligados los herederos à la restitucion de los bienes de la herencia de D. Miguel Tablada, segun fueron condenados por la Sentencia del Juez Ordinario, que pretende esta parte se confirme, reformando para ello la Sentencia de vista. Y assi lo espera. S. I. O. V. D. C.

Lic. Don Joseph Calvo.